

DESAFÍOS JURÍDICOS ANTE LA DECISIVA TRANSFORMACIÓN DE LOS MÉDIOS DE COMUNICACIÓN: ¿ES POSIBLE EL EQUILIBRIO ENTRE LOS DERECHOS DE AUTOR Y LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO, CONSIDERANDO EL PANORAMA ACTUAL CAMBIANTE?

Legal Challenges in the face of the Decisive Transformation of the Media: Is the Balance between Copyright and New Digital Business Models Possible, considering the Current Changing Landscape?

Submitted: 13/01/2020

Revised: 11/02/2020

Accepted: 04/03/2020

Article submitted to peer blind review

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Mireia Moreso Cantalejo*

ORCID: 0000-0002-3115-0664

DOI: <https://doi.org/10.26512/istr.v12i2.34690>

Abstract

Purpose – Approach and analyze the technological industries in society, as a global society, and how it is approached from the legal point of view. This study aims to make an analysis of the social context and technological progress and determine what main legal problems arise. There is also the purpose of investigating what impact new technologies have had in the audiovisual industry globally, taking into account the emergence of new digital business models, in order to determine their legal nature.

Methodology – The methodology used is mainly based on the analysis of the different Laws that regulate the digital market. The approach has been directed at European claims to respond to new digital models and discover if the result has had an effective application on citizens.

Findings – The study sets out as objectives achieved cross-border access of audiovisual platforms in the European territorial area. Objective met in a positive way but still with many inconveniences. It is noted a clear advantage for users, but with universal challenges, such as the exploitation of audiovisual content within the Right to information.

Practical Implications – If the laws were more current, companies and technological industries could give a more effective response to society, while creating wealth. It also shows the comparison between a European system, more protectionist towards the user,

*Mireia Moreso es Abogada, Licenciada en Derecho, Máster de Acceso a la Abogacía, Máster en Propiedad Intelectual y actualmente Doctoranda en Derecho en la Universitat Oberta de Catalunya. Esta Investigación se enmarca en el Programa Junior fellowship cet.la 2019 con el acompañamiento de Juan Jung, Eduardo Chomali y Andrés Sastre. E-Mail: mmoresoc@uoc.edu.

for example, with the protection of personal data, with respect to the Latin American system law. These differences impact economically differently in each country.

Originality – *The study detects the most fragile points, the current conflicts of the digital platforms and shows the lines to follow through public policies.*

Keywords: *Audiovisual Industry. Copyright. Internet Platforms. European Legislation. Digital Affairs.*

Resumen

Objetivo – Aproximar y analizar las industrias tecnológicas en la sociedad, como una sociedad global, y como se afronta desde el punto de vista jurídico. Este estudio pretende hacer un análisis del contexto social y del avance tecnológico y determinar qué principales problemas jurídicos se plantean. También está el propósito de investigar que afectación han tenido las nuevas tecnologías en la industria audiovisual a nivel global, teniendo en cuenta el surgimiento de nuevos modelos de negocio digitales, con el fin de determinar su naturaleza jurídica.

Metodología – La metodología utilizada se basa principalmente en la realización del análisis de las diferentes legislaciones que regulan el mercado digital. El enfoque se ha dirigido en las pretensiones europeas de dar respuesta a los nuevos modelos digitales y descubrir si el resultado ha tenido una aplicación eficaz sobre los ciudadanos.

Resultados – El estudio expone como objetivos alcanzados, el acceso transfronterizo de plataformas audiovisuales en el ámbito territorial europeo. Objetivo cumplido de forma positiva, pero con muchos inconvenientes todavía. Se evidencia, una clara ventaja para los usuarios. Pero con retos a nivel universal, como por ejemplo la explotación de contenidos audiovisuales dentro del Derecho a la información.

Implicaciones Prácticas – Si las legislaciones fueran más actuales, las empresas e industrias tecnológicas podrían dar respuesta más eficaz a la sociedad, a la vez que crear riqueza. También se muestra la comparación entre un sistema europeo, más proteccionista hacia el usuario, por ejemplo, con la protección de datos personales, respecto a legislaciones del sistema latinoamericano. Estas diferencias, impactan económicamente de forma diferente en cada país.

Originalidad – El estudio detecta los puntos más frágiles, los conflictos actuales de las plataformas digitales y revela las líneas a seguir a través de políticas públicas.

Palabras Clave: Industria Audiovisual. Derechos de Autor. Plataformas de Internet. Legislación Europea. Modelos Digitales.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio pretende abordar diferentes temáticas de carácter tecnológico desde diferentes ópticas. Dada la complejidad del asunto y para que queden los conceptos diáfanos, se va a llevar a cabo un análisis sucinto de cómo se entendió el auge tecnológico y la revolución digital en sus principios, después

de esclarecer como se ha desarrollado posteriormente y como ha afectado a la sociedad este desarrollo tecnológico sin precedentes.

Para ello es necesario, además, mencionar que los usuarios digitales tienen un gran peso en todo este entramado, su papel en un nuevo concepto de sociedad, no sólo entendiendo sociedad como un conjunto colectivo de carácter particular, sino por primera vez, entendiendo sociedad como concepto global, la llamada sociedad globalizada o mundo globalizado. El papel como actor jurídico que se encomienda a esta sociedad conlleva que los poderes legislativos desarrollen normas para poder ser ejecutadas en beneficio de la ciudadanía. Por este motivo, es necesario establecer un pequeño estudio que abarque estos procesos jurídicos en diferentes zonas. Por un lado, me centraré en la legislación más cercana para mí como es la española, teniendo en cuenta siempre su contexto Europeo y de políticas Europeas y de cómo se aplican en España. Por otro lado, además es necesario contraponer este panorama haciendo importantes referencias en lo que respecta a algunos países de América latina.

El hecho de que este estudio también dirija parte de su análisis en ver cómo se han implementado estas políticas digitales en las diferentes sociedades o sociedad global no responde más que a un hecho, y es que las legislaciones y en general el Derecho está construido desde el punto de vista de ser una regulación o norma positiva que siempre se debe a una realidad con reclamaciones existentes y latentes. Además, la normativa lo que tiene que hacer es regular y en última instancia solucionar de manera justa los problemas existentes con el fin de que haya un bien para todos. Una de las conclusiones que queremos abordar en este estudio es sí por lo tanto las aplicaciones de las legislaciones son idóneas para dar solución y dar un encaje jurídico a los problemas planteados. Para esto abordaremos las principales problemáticas e indicaremos la existencia o no de franjas grises que se puedan mejorar con el fin de tener una convivencia ordenada y pacífica, al fin y al cabo el bien común es cosa de todos y todas.

LA IRRUPCIÓN DIGITAL EN LA UNIÓN EUROPEA

A nivel europeo la revolución tecnológica se ha visto siempre como un gran segmento de mercado dónde conseguir y ofrecer grandes oportunidades económicas. Concretamente la Comisión Europea hace ya más de 5 años dijo que el objetivo era poder generar hasta unos 250.000 millones de euros de crecimiento adicional en Europa gracias a las tecnologías digitales. Con esta idea, desde entonces hasta la actualidad, han habido múltiples propuestas, entre ellas se han presentado 15 iniciativas, casi 40 propuestas normativas y se prevén otras en materia de economía de datos, ciberseguridad o economía de plataformas.

Debido a la singularidad de Europa y su posición económica, desde las Instituciones Europeas se ha establecido que estas políticas deben de ser de naturaleza no transfronteriza, es decir, se debería facilitar aquello que conlleva un traspaso rápido i ágil entre las fronteras y barreras, esta idea sin duda es un gran lance.

La Unión Europea ha creado como una de las bases en su estrategia digital, la llamada agenda digital, en ella se ha desarrollado el concepto de mercado único digital con la idea de ofrecer posibilidades de mejora de la eficiencia con el fin de conseguir un rendimiento económico importante. Para ello fomenta diferentes opciones de negocio mediante el comercio electrónico, además facilita el cumplimiento de requisitos administrativos y financieros para las empresas como el fin como hemos dicho antes, de crear crecimiento económico desde la unidad. La base jurídica existente para que todo esto tenga sentido la encontramos en el artículo 4 apartado 2 letra a de los artículos 26, 27, 144 y 115 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, donde se marcan los objetivos consistentes en eliminar barreras nacionales a las transacciones efectuadas en línea¹.

LA CONTROVERTIDA APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL

La Comisión Europea presentó con fecha de 14 de septiembre de 2016 la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital. Con esta propuesta, la comisión intentaba cumplir y llevar a cabo uno de los objetivos propuestos desde hacía mucho tiempo. El objetivo más importante era conseguir, en tiempos futuros, eliminar la disgregación normativa existente en todos los Estados miembros, no solo refiriéndose a los derechos morales. Además, se focalizaba en potenciar también los efectos económicos en relación a derechos patrimoniales y a los límites aplicables, por este motivo se dió pie a esta reforma con la siguiente base; hacía un marco moderno y más europeo de los derechos de autor.

Según reza en la Comunicación de 2015 “Es necesario adaptar las normas sobre los derechos de autor de la Unión Europea de manera que todos los agentes del mercado y ciudadanos pueden aprovechar las oportunidades que ofrece este nuevo entorno. Se precisa un marco más europeo que supera la fragmentación y las fricciones dentro todo mercado único operativo”².

¹ <https://bit.ly/3kB8HiU>

² <https://bit.ly/2DWw4l>

Para poder entender uno de los objetivos más importantes de esta directiva acerca de los límites es necesario explicar seguidamente de qué manera se configuran jurídicamente los límites en la legislación española a modo de ejemplo.

En España la Ley de Propiedad Intelectual 1/1996 de 12 de Abril, en adelante la LPI establece que los derechos patrimoniales no son absolutos sino que deben de ser sometidos a unos límites. Estos límites están para que un usuario pueda utilizar la obra o prestación sin necesidad de necesitar el consentimiento del titular de los derechos, pero eso sí, se deben de cumplir los requisitos establecidos ex lege.

La LPI española recoge en el Capítulo 2 del Título 3 del libro 1, los artículos 31 y siguientes³, contemplan que estamos ante un sistema cerrado de límites, esto quiere decir que los límites serán válidos cuando estén incluidos en la Ley, caso contrario al que existe en Estados Unidos y Países Anglosajones con el llamado sistema del fair use o del fair dealing en el Reino Unido. De forma breve y sencilla, hay que decir que este sistema se basa en que no hay un listado cerrado de límites, sino que se entiende como una cláusula abierta donde entran otros usos para las obras que se ajusten a diferentes criterios, como por ejemplo⁴.

1. La finalidad del carácter del uso.
2. La naturaleza de la obra.
3. La cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con el conjunto de la obra.
4. El efecto que produce el uso sobre el mercado potencial y el valor de la obra.

Pero dejando de lado este sistema propio de EEUU y Países Anglosajones, donde ya hemos hecho reseña en base a qué criterios se pueden establecer otro sistema de límites, en la legislación española, se entienden como excepciones, es decir interpretando restrictivamente.

Los límites se dividen en dos categorías o tipos, los límites absolutos y los límites relativos. Los límites absolutos se refieren al uso de la obra o prestación que es totalmente gratuito y por lo tanto no es necesaria pedir autorización del titular de derechos ni pagar por su uso, y por otro lado los límites relativos, donde no se solicita autorización, pero si se paga la correspondiente compensación.

³ <https://bit.ly/31zXrKI>

⁴ RODRÍGUEZ-CANO, R. B. (coord.). **Manual de Propiedad Intelectual**. 8ª. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 103.

La finalidad de los límites, como hemos señalado antes, se establece como un reconocimiento y protección de los derechos de Propiedad Intelectual que tiene el autor sobre sus obras. Esto es clave para garantizar la seguridad jurídica de la creación y la cultura en toda sociedad. Esta idea se pondera con otra que es la necesidad del disfrute, acceso y difusión de las obras, y entre estas dos realidades se pone en solfa los límites y sus objetivos en el cuerpo legislativo de la LPI. Para hacernos una idea de la configuración jurídica en el sistema español acerca de los límites, se deben tomar de referencia que los límites responden a principios Constitucionales como; el derecho a la educación, el derecho a la cultura o el derecho a la información y la libertad de expresión.

Esta aproximación que hemos hecho acerca de los límites en el sistema jurídico español, dentro de la LPI, es necesaria porque a nivel europeo hasta la fecha, la regulación acerca de los límites tenía un carácter meramente voluntario o dispositivo. Los legisladores nacionales eran los que debían regular según sus políticas internas, pero con el paso del tiempo se ha podido comprobar que la tarea de armonizar los límites ha supuesto una especie de caos y por lo tanto, no ha llegado a buen puerto. Es importante poner en contexto esta situación, ya que es el principal eje motivador de la propuesta de Directiva y que finalmente ha dado lugar a la aprobación de la Directiva Europea de 26 de marzo de 2019, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital (COM(2016)0593).

Principales medidas establecidas por la Directiva Europea.

En la propuesta inicial de la Directiva, básicamente se dirigía a tres vías de actuación. La primera: establecer límites a los derechos de propiedad intelectual, la segunda; facilitar la concesión de licencias de uso de obras y prestaciones protegidas, y la tercera; garantizar el correcto funcionamiento del mercado de Derechos de Autor.

En lo que respecta a la primera nos remitimos en parte a lo citado en párrafos anteriores, pero añadir que, en la propuesta de Directiva, el legislador se decanta por regular los límites de carácter imperativo, enfocándose en los ámbitos de investigación, la educación y la conservación del patrimonio cultural. El artículo 2.2 de la Directiva establece el límite destinado a la minería de datos realizados por determinados organismos para fines de investigación científica. Estableciendo los siguientes conceptos⁵:

“[...] minería de textos y datos», toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar

⁵ <https://bit.ly/2DPVCRZ>

información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones.”

La finalidad de este límite se encuentra en que las tecnologías deben permitir a los investigadores tratar grandes cantidades de información para tener nuevos conocimientos y descubrir nuevas tendencias, tal como se describe en el considerando 8 de la Propuesta, con el objetivo final de beneficiar la comunidad científica, y por lo tanto en última instancia impulsar la innovación.

En segundo lugar, se establece un límite para el uso digital de obras o prestaciones a efectos de la ilustración de la educación. Dicho límite afecta al Derecho de reproducción y al de Comunicación Pública. La finalidad es proteger y fomentar el uso de obras o prestaciones dentro de las actividades de aprendizaje, estableciendo unos requisitos que en el presente estudio no es necesario hacer más hincapié.

Para terminar en referencia a los límites, el otro gran ámbito donde se focaliza es el límite de conservación del patrimonio cultural. Con el fin de preservar el patrimonio cultural, se dota a las instituciones encargadas de velar por la cultura y su patrimonio, la facultad de llevar a cabo las reproducciones de obras o prestaciones protegidas, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos por la Ley, como anteriormente hemos indicado, no vamos a proceder a ahondar en este extremo.

Se establece pues, unas medidas que permiten mejorar la concesión de licencias para el uso de obras y prestaciones protegidas. Concretamente, en el Título III de la Directiva, obedece a superar las dificultades existentes para las Instituciones de patrimonio cultural, a la hora de obtener consentimiento de los titulares de derechos para el uso de las obras fuera del circuito comercial. El legislador europeo, tomando conciencia de ello establece este mecanismo de licencias siempre y cuando se haga bajo un sistema de gestión colectiva rigurosa.

No obstante, para acabar de contextualizar lo que ha supuesto la aprobación de esta Directiva en Europa, hay que señalar que sus puntos más candentes son los referentes a los actuales artículos 17 (el famoso Artículo 13, de la Propuesta) y el Art. 15 (Art. 11 en la Propuesta)⁶. El artículo 17 sobre contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, donde ciertos usos de contenidos protegidos por servicios en línea quedan en manos de los proveedores para adoptar las medidas adecuadas para la protección de las obras. Sin extendernos en este punto, hay que decir que esto supone un gran cambio hasta la fecha. Anteriormente, la responsabilidad de

⁶ <https://bit.ly/2PJrwSE>

plataformas quedaba alejada de cualquier intervención, y ahora se le otorga un nuevo papel que ha sido cuestionado por una gran parte de los actores afectados.

Por otro lado, el artículo 15, estableciendo la protección de las publicaciones de prensa en lo relativo a los usos en línea. Donde básicamente, se exige a cualquier sitio web o agregadores de contenidos, la obligación de pagar una licencia a los editores de prensa.

La controversia aún después de su aprobación, el 26 de marzo y de su posterior publicación sigue muy latente, por lo menos en lo que respecta en la sociedad española. Básicamente, una parte de los afectados, mayoritariamente usuarios de Internet ven en este artículo un ataque a la libertad de Internet, y por lo tanto una reducción de sus derechos fundamentales, como puede ser la libertad de expresión. Al contrario, las voces más favorables creen que esta Directiva es un paso en firme hacia la protección de los autores y de sus obras, sobre todo al control de sus usos. Ríos de tinta han corrido desde entonces, y personas expertas en la materia han plasmado su opinión de forma tajante⁷.

Las opiniones se muestran en muchos sentidos, no obstante, no es objeto de este trabajo el detenernos al análisis de sus pros y sus contras, en parte porque hay que recordar que esta Directiva tiene que ser transpuesta por los Estados Miembros en los próximos dos años, y en el caso de España veremos cómo se procede a adaptar este nuevo entramado jurídico. Pero si es importante mencionar la magnitud de esta Directiva, desde varios sectores muy importantes en la industria cultural, como científica, de investigación y de docencia, se han llevado a cabo múltiples campañas a nivel europeo (Campaña COMMUNIA⁸, que solicitaba firmas para que el Parlamento europeo accediese a ampliar la excepción a otros colectivos e instituciones, a usos más allá de las Intranets docentes y para eliminar la mención a las licencias). A nivel español, se ha trabajado duramente por parte de las Bibliotecas⁹ como organización, en llevar a cabo unas reivindicaciones que beneficiaran el acceso a la información en aras de la libertad de expresión.

Especial mención sobre acceso a obras audiovisuales on-demand.

Aunque de aquí en adelante, este trabajo se va a adentrar en lo concerniente a la Industria Audiovisual y su encaje con las Leyes de Propiedad Intelectual, aquí tenemos que mencionar el Artículo 13 de la Directiva¹⁰. En ella se establece que los

⁷ <https://bit.ly/3gNtU6T>

⁸ <https://bit.ly/30Kb0Iw>

⁹ <https://bit.ly/2DyxPWY>

¹⁰ <https://bit.ly/2XPBK8m>

“Estados miembros velarán por que las partes que se enfrenten a dificultades relacionadas con la concesión de licencias de derechos al tratar de concluir un acuerdo para poner a disposición obras audiovisuales en servicios de vídeo a la carta puedan contar con la asistencia de un organismo imparcial o de mediadores. El organismo imparcial establecido o designado por un Estado miembro a efectos del presente artículo y los mediadores prestarán asistencia a las partes en sus negociaciones y las ayudarán a alcanzar un acuerdo, para lo cual podrán también, en su caso, presentarles propuestas.”

La inclusión de este artículo obedece a la necesidad de crear medidas destinadas a reducir las complejidades en los procesos de concesiones de licencias y adquisición de derechos, en aras de facilitar al consumidor o usuario el acceso. Para esto, se vuelve a esa idea motivadora tanto en la Propuesta, como al final la Directiva, que no es otra cosa que la de facilitar los movimientos transfronterizos entre los Estados Miembros.

NUEVAS FORMAS DE NEGOCIOS DIGITALES

En la actual economía digital, desde hace unos cuantos años, se ha llevado a cabo un proceso que ha culminado con nuevas estructuras, las plataformas digitales o economía de plataformas. Este surgimiento y popularidad responde a modelos más disruptivos, influenciados directamente por una sociedad moderna, que busca nuevas maneras de colaboración entre diferentes colectivos, y que claramente podemos decir que hoy en día han crecido exponencialmente llegando a una sólida reafirmación. Estas plataformas han renovado las formas de relacionarse entre individuos y entre empresas, con el factor distintivo de superar cualquier obstáculo transfronterizo.

Las plataformas digitales han crecido gracias a la innovación tecnológica y sobre todo debido a las necesidades de los ciudadanos, por eso se dice que responde a necesidades sociales y demandas económicas. En este punto hacemos esta breve referencia a las plataformas digitales, como la innovación a destacar de los últimos tiempos y porque consideramos que aunque responda a un modelo económico en clave empresarial, ya que los principales motivos para el uso de las plataformas digitales han sido las transacciones comerciales, la idea original no es otra que la de trasladar al usuario la comodidad de realizar cualquier operación económica usando la tecnología, éste es el factor en común existente para las posteriores modalidades de nuevas formas de uso tecnológico como pueden ser la plataforma digital de contenidos audiovisuales.

Hay que mencionar que, como cualquier novedad tecnológica y social en un primer momento, siempre hay una inseguridad jurídica. Actualmente las normas sobre comercio electrónico y servicios de la información en el marco normativo carecen de un diseño que dé solución jurídica en diferentes supuestos. La regulación europea se recoge en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, conocida como Directiva sobre el Comercio Electrónico. Donde se establece un conjunto de obligaciones específicas y un régimen especial de responsabilidad para los prestadores de servicios intermediarios.

Debido al impacto económico y social de las plataformas digitales, en pocos años en Europa ha surgido variada e importante casuística y conflictividad acerca de qué naturaleza y tratamiento se le deben de dar. Asimismo, el tema reviste gran complejidad, sin alargarnos en este punto del trabajo, es importante mencionar por ejemplo la gran discusión jurídica y con consecuencias directas que han afectado a los ciudadanos y usuarios. Ejemplo de ello son las plataformas de transporte terrestre, concretamente en España han sido de gran impacto mediático el uso de las plataformas, dando lugar a sentencias que aún se cuestiona si resuelven los problemas jurídicos. En su esencia, las plataformas digitales se entienden como un entorno digital cerrado de interacción múltiple entre los usuarios, inversores y promotores, gestionado principalmente por un operador. La base de este entorno es meramente contractual y por lo tanto las relaciones son contractuales entre los sujetos que participan.

Circunstancia similar se ha dado en lo concerniente a la industria audiovisual. En los siguientes epígrafes vamos a hacer referencia a ello.

EL AUGE DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES ANTE LOS MEDIOS TRADICIONALES DE COMUNICACIÓN

Desde que en 1993 naciera el World Wide Web hasta la actualidad, Internet se ha convertido en un instrumento de trabajo y sobre todo de entretenimiento. Sólo hace falta echar un ojo a las estadísticas, en este caso en España los datos del Instituto Nacional de Estadística¹¹, muestran la cantidad creciente de personas con acceso a internet, así como el uso del correo electrónico, servicios de chat, además del auge del uso de medios sociales con el fin de generar nuevos contenidos digitales.

¹¹ <https://bit.ly/3ktMI2N>

El equipamiento de sistemas tecnológicos en el hogar ha crecido. El 54,5% de los hogares poseen una Tablet, lo que supone una subida de 2,1 puntos respecto a 2017. Y el 24,0%, un lector de libros electrónicos (1,2 puntos más). El resto de los productos TIC, excepto el teléfono móvil, sigue experimentando paulatinas bajadas. La implantación del teléfono móvil continúa en ascenso, y sube 0,6 puntos respecto a 2017. Al contrario de lo que ocurre con el teléfono fijo, que baja 1,8 puntos. La casi totalidad de los hogares, el 99,6%, dispone de un teléfono (móvil o fijo). El 74,2% cuenta con ambos tipos de terminales. Un 1,6% de los hogares dispone únicamente de teléfono fijo, mientras que un 23,9% (el 21,9% en 2017) utiliza exclusivamente el teléfono móvil para comunicarse desde el hogar.

Es inequívoco que las cifras indican que el aumento en los hogares de estos dispositivos supone un interés creciente por la población de la tecnología y del acceso a Internet como herramienta de entretenimiento.

Por ende, el acceso a Internet en los hogares ha crecido también, las cifras indican que el 86,4% de los hogares españoles tiene acceso a la Red, frente al 83,4% del año anterior. De estos, casi la totalidad (el 99,9%, 14,1 millones de hogares) disponen de acceso a internet por banda ancha (fibra óptica o red de cable, telefonía móvil 3G o 4G, ADSL...).

Así pues, si el acceso y uso a la tecnología crece cada año, podemos decir que la implicación de los usuarios crece en el sentido de que cada vez más se decantan por utilizar las principales plataformas que ofrece Internet.

El tamaño y crecimiento del sector de las plataformas asciende cada vez más. No obstante, las cifras acerca de su crecimiento varían de unos estudios a otros, de esta manera Bulchand y Melian (2018) identificaron en 2017 hasta 289 empresas o plataformas activas, mientras que Evans y Gawer (2016) señalaban hasta 176 plataformas de alcance internacional. En lo que se refiere a la distribución geográfica, tanto Asia como estados unidos compiten por el desarrollo de este modelo de negocio por delante de la Unión Europea. Así mantiene más de 80 plataformas activas, Estados Unidos con 65 y Europa con menos de 30 plataformas con sede en su territorio¹².

Las plataformas digitales se centran en diferentes campos según la finalidad o ámbito que trata. Cada plataforma digital, se caracteriza por tener una idiosincrasia propia. Por un lado, tenemos a las plataformas que se dedican a los servicios alojamiento, como por ejemplo las famosas Airbnb, Rumbo... etc. Luego tenemos a las plataformas dedicadas a los servicios de transporte, UBER, Cabify... etc. Existen las plataformas dedicadas a servicios financieros las llamadas

¹² FERNÁNDEZ, M. L. R. **Plataformas Digitales y Mercado de Trabajo, Colección de Informes y Estudios**. Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, p. 26.

CANTALEJO, M. M. *Desafíos Jurídicos ante la Decisiva Transformación de los Médios de Comunicación: ¿Es Posible el Equilibrio entre los Derechos de Autor y los Nuevos Modelos de Negocio, Considerando el Panorama Actual Cambiante?* *The Law, State and Telecommunications Review*, Brasília, v. 12, no. 2, p. 38-63, October 2020.

Fintech, también las plataformas dedicadas a servicios profesionales cualificados como diseño, consultoría contabilidad, etc. Las plataformas destinadas a transportes y servicios elementales cuyas funciones pueden ser muy variadas, desde tareas domésticas a cualquier elaboración. Además, las plataformas de compra y venta de productos nuevos y de segunda mano, como Amazon o Wallapop, se han convertido en uno de los negocios más aclamados por sus usuarios además de contar con un importantísimo impacto económico.

En este trabajo, nos vamos a detener en el gran bloque de las plataformas destinadas a los contenidos audiovisuales. Las plataformas de contenidos audiovisuales han surgido como un nuevo modelo empresarial de gran éxito. Los contenidos audiovisuales protagonizan sin duda una transformación sin precedentes en la creación cultural y audiovisual. La principal característica que supone estas plataformas como hecho rompedor del consumo tradicional de contenidos audiovisuales, es que el consumo de este contenido se hace *online*, o en *streaming*, bajo demanda previo pago de una tarifa, un alquiler o compra. Cabe destacar las siguientes plataformas más importantes como Movistar Plus, Netflix, Amazon Prime Video, Youtube, Apple Itunes... etc.

LA BÚSQUEDA DEL ENCAJE JURÍDICO DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES Y LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El marco jurídico que encontramos para configurar jurídicamente el mundo audiovisual lo debemos situar vinculado a las libertades fundamentales en la comunicación.

Las libertades en la comunicación en los textos Internacionales los encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la asamblea General de la ONU 1948, el Trato Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 19 de diciembre de 1966, el Convenio para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, del consejo de Europa hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y el Convenio Europeo sobre televisión transfronteriza. Las normas de carácter internacional tienen un alcance esencialmente interpretativo con las normas internas de cada estado. En este caso, en España la constitución española de 1978 establece el Artículo 20 la Libertad de Comunicación. Los textos internacionales que establecen los Derechos a la Comunicación suponen un avance en esta cuestión, pero, no obstante, en algunos casos las instituciones internas de otros estados no han desarrollado las pertinentes leyes que describan tales Derechos, como si ha ocurrido en España.

En España en su constitución¹³ se reconoce en el al acto Artículo 20.1.a) el Derecho la Libertad de Expresión y en el Artículo 20.1.d) el Derecho de Información, sin entrar en consideraciones doctrinales acerca de estos dos derechos, hay que decir que la libertad de expresión se relaciona directamente con el de la libertad de cátedra o la libre expresión que se pueda dar en cualquier mensaje o sujeto.

Estos derechos se configuran también a través de unos límites, estos límites son límites constitucionales expresos. Aunque cada límite tiene su contenido propio y diferenciado, hay que decir que los límites se encuadran en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Estos derechos también se mantienen de textos de diferentes comunidades autónomas, como en el Estatuto de Cataluña LO 6/2006 y en el Estatuto de autonomía de Andalucía.

En cuanto a los Derechos de Propiedad Intelectual que se ven afectados en relación a los derechos de explotación audiovisual, debemos decir lo siguiente. Actualmente esta cuestión reviste una especial problemática, especialmente agravada por las descargas de internet. Por ello es importante analizar el asunto, y establecer la garantía del Derecho a la información audiovisual antes mencionado, relacionado directamente con la libre competencia en el desarrollo de la actividad radiotelevisiva.

En Propiedad Intelectual hay dos conjuntos de derechos que se reconocen, por un lado, los patrimoniales que recaen sobre autores y otros titulares, y por otro los derechos morales. La definición completa la encontramos en la organización mundial de la propiedad intelectual (OMPI)¹⁴: “la propiedad intelectual (PI) se relaciona con las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio”.

Los derechos de autor dentro de las obras audiovisuales, abarcan no solo el autor sino también los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones y ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y de los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y televisión.

El sujeto del derecho de autor, es el propio autor. Se le atribuye el derecho exclusivo de explotación de los derechos morales y patrimoniales.

Los derechos de carácter moral de reconocen propiamente al autor de la obra y al artista sobre sus interpretaciones y ejecuciones, además del derecho a respetar la integridad de la obra. Los derechos patrimoniales se distinguen de los derechos compensatorios y los derechos de explotación de la obra diferenciando entre estos últimos los derechos exclusivos y la los de participación.

¹³ <https://bit.ly/3fP8y7G>

¹⁴ <https://bit.ly/3arOKqd>

Entre los elementos de la propiedad intelectual aparte de estos que hemos comentado anteriormente, en la obra audiovisual se debe tener en cuenta los supuestos de explotación como es la comunicación pública, definida en el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI)¹⁵:

- Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.
- La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen.
- La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualquier obra, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, (...).
- La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.
- La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.
- La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.

Todas estas modalidades de explotación son las propias que se dan cuando hablamos de la obra audiovisual. La obra audiovisual es una obra resultado de un proceso complejo debido a que implica una protección conjunta de imagen y sonido, además de la implicación de diversas personas que pueden tener derechos afectados.

Del mismo modo, el otro elemento propio del derecho de autor, lo tenemos en el concepto de obra, en este caso hablaremos de creaciones y grabaciones. Sin extendernos en este punto, para que exista obra audiovisual, la LPI determinada en su artículo 86.1 que es necesario una creación, expresada en imágenes con o sin sonido, a través de un aparato independientemente del soporte material en el que se fijan las imágenes. En el artículo 87 de la LPI, se reconoce como autores de la obra audiovisual al director-realizador, autores del argumento, autor de la adaptación o los diálogos, y autores de composiciones musicales.

¹⁵ <https://bit.ly/2FbDYbP>

También, hay que tener en cuenta los tipos de obras audiovisuales y los derechos de estas, los tipos de obras en este caso no se encuentran recogidos en la LPI, por lo tanto, tenemos que ir a la doctrina atendiendo a la finalidad para la que ha sido creada la obra. Los Derechos que recaen sobre cada obra son muy extensivos, establecidos en el artículo 88 de la LPI. Además, se tienen en cuenta el tipo de obra que se puede dar, como por ejemplo un acontecimiento o espectáculo, en cada caso habrá que plantearse qué derechos de explotación recaen en la difusión audiovisual.

LOS EFECTOS DE INTERNET EN LA INDUSTRIA AUDIOVISUAL

Diferentes momentos han tenido los medios audiovisuales en cuanto a su utilidad como servicio de información, debido principalmente al avance tecnológico, a su cambio de infraestructuras y al tratamiento en general de las telecomunicaciones.

De entre las épocas más destacadas referente a la transformación de los medios audiovisuales, destacamos las siguiente. En primer lugar, en España, la televisión española en el año 1956, era la única televisión hasta la entrada en funcionamiento de las televisiones autonómicas a principios de los años 80. Hasta el año 1989 no se permitió la intervención del sector privado en España, siendo el último de los países europeos occidentales en implantar la televisión analógica privada. La Ley de Televisiones Privadas 10/1988 fue la ley que permitió crear por iniciativa privada cadenas de televisión de contenidos a través del espacio radioeléctrico estatal, cosa que contó con el sistema de concesiones administrativas mediante concurso público, hecho que lo vinculamos con el artículo 20 de la Constitución, antes explicado acerca de la libertad de expresión e información.

Debido a que nos encontramos con medios audiovisuales relacionados directamente con servicios de la sociedad de información, es necesario apuntar otro bloque normativo muy importante como es la regulación de los llamados servicios de la sociedad de la información, regulada en España por la ley 24/2002, de 11 de julio, de los Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. Esta ley incorpora al ordenamiento español la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de información, además del comercio electrónico, en el mercado interior y por lo tanto actualizando nuevos modelos de negocio como el comercio electrónico y la contratación de bienes y servicios por vía electrónica.

Internet como medio de comunicación audiovisual es una premisa que actualmente nadie pone en duda, lo asimilamos como un medio tradicional de

comunicación social y que necesita las mismas garantías para un oportuno equilibrio entre los Derechos de libertad de expresión y de información con otros derechos.

La disparidad de Internet es que se transforma en diferentes modalidades como medio de comunicación audiovisual, teniendo en cuenta que, si consideramos internet como cualquier vía de transmisión de información a través de la red, se pueden establecer diferentes supuestos:

- Internet como medio de comunicación individual o colectiva, como por ejemplo los correos electrónicos si hablamos de forma restringida, o colectiva mediante foros y chats.
- Internet como sitio donde almacenar información. Esta información puede ser en cualquier forma imagen, sonido, etc.
- Internet como soporte de difusión los medios audiovisuales clásicos.
- Internet como soporte o modalidad específica de difusión de los medios audiovisuales clásicos, radiodifusión sonora y televisión, pero de contenido previamente difundido por las vías convencionales.
- Por último, Internet como medio autónomo de difusión audiovisual. En este supuesto una la difusión que puede llevar a cabo por una empresa u organismo cuya finalidad será la difusión de radiotelevisión por vías convencionales, o sólo por Internet.

Se puede comprobar la multiplicidad de funciones de carácter audiovisual que tiene Internet. Ahora bien, es necesario determinar si Internet se puede considerar un medio de visual de comunicación social. Según la autora Mabel López García¹⁶ se debe cumplir el requisito de la difusión como transmisión en un solo sentido, y que tenga una programación en su conjunto y en cada uno de los mensajes, la emisión del mensaje sonoros y visuales en una recepción por un público indeterminado o no, y por último el uso de medios técnicos que permitan este trámite de recepción.

¹⁶ GARCÍA, M. L. **La Oferta de Contenidos Audiovisuales: Servicio Público, Libre Competencia y Derecho a la Información**. Madrid: Thomson-Civitas, 2012, p. 161.

CANTALEJO, M. M. *Desafíos Jurídicos ante la Decisiva Transformación de los Médios de Comunicación: ¿Es Posible el Equilibrio entre los Derechos de Autor y los Nuevos Modelos de Negocio, Considerando el Panorama Actual Cambiante?* *The Law, State and Telecommunications Review*, Brasília, v. 12, no. 2, p. 38-63, October 2020.

CONSECUENCIAS NEGATIVAS PARA EL ECOSISTEMA AUDIOVISUAL

Las modalidades de difusión de Internet son varias, dependiendo del tipo de mensajes y contenidos, además de las características tecnológicas que se empleen.

La difusión IPTV, o televisión sobre el protocolo, es un sistema de distribución que utiliza transmisión de paquetes. Este sistema se relaciona con la aplicación del *streaming* para la difusión radiofónica en directo por internet. La tecnología de *streaming* se utiliza para optimizar la descarga y reproducción de archivos de audio y video que suelen tener un cierto peso¹⁷. El *streaming* funciona de la siguiente forma:

Conexión con el Servidor. El reproductor cliente conecta con el servidor remoto y éste comienza a enviarle el archivo.

Buffer. El cliente comienza a recibir el fichero y construye un buffer o almacén donde empieza a guardarlo.

Inicio de la Reproducción. Cuando el buffer se ha llenado con una pequeña fracción inicial del archivo original, el reproductor cliente comienza a mostrarlo mientras continúa en segundo plano con el resto de la descarga.

Caídas de la Velocidad de Conexión. Si la conexión experimenta ligeros descensos de velocidad durante la reproducción, el cliente podría seguir mostrando el contenido consumiendo la información almacenada en el buffer. Si llega a consumir todo el buffer se detendría hasta que se volviera a llenar.

El siguiente sistema desarrollado como modalidad de difusión en Internet, es el sistema *peer to peer* (P2P). Este sistema permite el intercambio de ficheros entre ordenadores con mucha rapidez, para ello es necesario programas específicos instalados en el ordenador, algunos de los cuales se han cerrado bajo sentencia judicial por contravenir la Ley. Este sistema no está exento de polémica, desde productoras, autores y titulares de derechos de explotación han mostrado su disconformidad con este sistema por ser un sistema indebido de transmisión de archivos.

El artículo 270 del Código Penal Español protege los derechos de propiedad intelectual, la complejidad de radica en que la aplicación de este artículo resulta complicado por qué este sistema normalmente se realiza a través de páginas de enlaces.

Los tribunales se posicionan en condenar estas prácticas cuando concurren determinados elementos, ejemplo de ello, lo podemos ver en el siguiente extracto

¹⁷ <https://bit.ly/3aet8gA>

de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 470/2013 de 18 dic. 2013, Rec. 45/2013:

“Pues bien, el intercambio masivo de archivos de contenido audiovisual, a través de las llamadas plataformas P2P, que permiten la descarga de grabaciones musicales, infringe derechos que la Ley de Propiedad Intelectual reserva en exclusiva a los autores. En concreto, los derechos de reproducción (artículos 18 y 115 de la LPI) y comunicación pública [artículos 20, apartado i) y 116.1º de la LPI]. Así lo hemos dicho en nuestras anteriores Sentencias de 24 de febrero de 2011 (ROJ 3/2011) y 7 de julio de 2011 (ROJ 4207/2011). En esta última señalamos que “en una red de archivos compartidos P2P, quien dispone de un archivo musical o de una película y lo introduce en una carpeta de archivos compartidos, a la que cualquiera puede tener acceso mediante un programa cliente P2P, además de llevar a cabo un acto de reproducción no amparado por la excepción del artículo 31.2 LPI, pues no cabría hablar de un uso privado, está poniendo estos archivos a disposición del público y, por ello, realiza un acto de comunicación pública previsto en el artículo 20.2. i) LPI.”

De este modo, la fijación de grabaciones musicales en el disco duro de un ordenador, en la medida que permite su comunicación o la obtención de copias, constituye un acto de reproducción (artículo 18). Además, esas grabaciones se ponen a disposición de una pluralidad de personas, que pueden tener acceso a la obra desde el lugar y el momento que tengan por conveniente, llevando a cabo actos de comunicación pública (artículo 20.i). Tratándose de fonogramas, el derecho exclusivo para autorizar su reproducción y comunicación pública corresponde al productor (artículos 115 y 116).

Este ejemplo de jurisprudencia pone de manifiesto uno de los problemas actuales que conlleva el uso de Internet en cuanto al sistema P2P. Diversas sentencias se han pronunciado de manera similar. Esta eclosión del sistema P2P, a nivel de usuario internauta conlleva la paradoja de que el uso responde a momentos de crisis financiera, y que por eso en la conciencia social no se tiene la percepción de que estamos infringiendo derechos de Propiedad Intelectual.

Es complejo determinar o cuantificar el daño que la “piratería” está haciendo desde el punto de vista cultural. Desde el económico se puede ofrecer algún dato, como que en un reciente estudio sobre la aportación al PIB de las industrias culturales, esa aportación se ha reducido en España un 14 % frente a una reducción en los países de nuestro entorno del 3 % y un crecimiento del 4 % en Francia, donde se dictó una ley muy criticada contra la piratería.

No obstante, las últimas noticias parecen ser más esperanzadoras, se ha constatado que desde 2018 hasta ahora, los índices de piratería han caído en

España. Los hechos son que, desde 2011 con la aparición de diversas sentencias tajantes sobre este asunto, y obligando al cierre de las webs P2P ilegales, se haya podido apelar a la conciencia de los usuarios en cuanto a su cambio de hábitos.

Como indican las expertas, en esta línea ha escrito la Dra. Xalabarder¹⁸, indicando que la caída de la piratería se ha situado en el 3 %, y afirmando que «cuanta más oferta legal haya, menos necesidad tendrá la gente de buscar contenidos piratas», los cuales pueden conllevar riesgos en forma de virus que pueden dañar el ordenador. Xalabarder recuerda que la gente al principio “pirateaba” porque no tenía manera de conseguir contenidos legales y lícitos, y que se ha tardado mucho en conseguir que los titulares de los derechos licenciaran las plataformas tecnológicas.

LOS RETOS JURÍDICOS MARCADOS DESDE EUROPA CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN ESPAÑOLA EN CUANTO A SU REGULACIÓN

Debido al auge de los nuevos consumidores y abonados en plataformas audiovisuales, en 2015 la comisión europea publicó una Propuesta de reglamento referida a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenido en línea.

De esta propuesta, culminó el Reglamento 2017/1128 del parlamento europeo del consejo de 14 de julio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, con el objetivo de consolidar el derecho de los consumidores a seguir disfrutando de los servicios de contenidos en línea prestados lícitamente en su país de residencia cuando se encuentren temporalmente en otro estado miembro por motivos de ocio, viajes, etc.

Los principales obstáculos habidos hasta el momento, se daban en que el acceso a las plataformas independientemente del estado miembro en el que se encuentre el consumidor, derivaba las licencias de derechos de transmisión de contenidos protegidos por derechos de autor concedidos normalmente sobre una base territorial. En el Considerando 10¹⁹ del Reglamento a este respecto señala que:

“No siempre resulta posible adquirir una licencia relativa a los correspondientes derechos sobre un contenido, en particular cuando estos han sido objeto de una licencia concedida con carácter exclusivo. Con el fin de garantizar que se cumple la exclusividad territorial, los prestadores de servicios de contenidos en línea se comprometen a

¹⁸ <https://bit.ly/2DO7Om5>

¹⁹ <https://bit.ly/2PHjauG>

menudo, en los contratos de licencia con los titulares de derechos, incluidos los organismos de radiodifusión o los organizadores de acontecimientos, a impedir que sus abonados accedan a sus servicios y los utilicen fuera del territorio para el que los prestadores gozan de licencia. Dichas restricciones contractuales impuestas a los prestadores les obligan a tomar medidas como no autorizar el acceso a sus servicios desde direcciones IP situadas fuera del territorio de que se trate. Por lo tanto, uno de los obstáculos a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea reside en los contratos celebrados entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y sus abonados, que reflejan las cláusulas de restricción territorial incluidas en los contratos celebrados entre dichos prestadores y los titulares de derechos”.

Por lo tanto, el objetivo es que los consumidores no tengan restringido su acceso a plataformas como *Netflix*, *HBO*, *Spotify*, o *Movistar Plus*, cuando no se encuentren físicamente en su Estado miembro de residencia. Eso sí, se debe de tratar de una estancia de carácter temporal y ajeno a su actividad comercial.

La esencia del reglamento es adoptar un planteamiento común para la prestación de servicios de contenidos digitales. Este reglamento está estructurado en 11 artículos y supone un paso adelante para algunos de los objetivos que habíamos comentado en los inicios del presente estudio, que es la creación del mercado único digital, y para eso hay que echar abajo las barreras nacionales en el entorno digital europeo. El Reglamento 2017/1128 de 14 de junio del 2017 establece los extremos de lo que se entienden por contenidos en línea, es decir, señala el considerando 16 los servicios de línea que no sean servicios de comunicación audiovisual en el sentido de la directiva 2010/13/UE y que utilicen obras, otras prestaciones protegidas o transmisiones de organismos de radiodifusión de manera auxiliar no deben de ser objeto del presente Reglamento.

Los puntos más relevantes establecen la el reglamentos sólo siguientes:

- Entre el abonado y el prestador de servicios (plataforma digital) debe existir un contrato de prestación de servicios, con esto se entiende que el acceso a estos servicios está hecho de forma legal. Considerando 15 del Reglamento.
- Los abonados deben de pertenecer dentro de estado miembro de la unión europea. El artículo 2 del Reglamento establece que el abonado se debe encontrar temporalmente en un estado miembro. No obstante, el reglamento establece la situación de un uso por un periodo breve de tiempo limitado. A partir de aquí, se debe interpretar este concepto jurídico que por lo tanto, resulta indeterminado y por lo tanto entraremos en duda en si se aplica o no se aplica.

- El Reglamento establece casos en los que la prestación de servicios lo hace un prestador de servicios de contenido en línea, a cambio de un pago de dinero tanto si lo realiza directamente al prestador del servicio en línea como un tercero. Por ejemplo, estamos hablando de empresas que ofrecen en un mismo paquete una combinación de servicios de comunicaciones electrónicas y servicios de contenido en línea explotado por otro prestador. En estos casos nos debemos de ir a lo señalado el Artículo 3 del reglamento²⁰:

“El prestador de un servicio de contenidos en línea prestado a cambio de un pago en dinero hará posible que un abonado que se encuentre temporalmente en un Estado miembro acceda al servicio de contenidos en línea y lo utilice del mismo modo que en su Estado miembro de residencia, en particular, proporcionando acceso a los mismos contenidos, en el mismo tipo y número de dispositivos, para el mismo número de usuarios y con la misma gama de funcionalidades”.

- Aspecto importante es el que se establece en el artículo 4 del Reglamento. Donde nos dice que se considerará que la prestación del servicio de contenidos en línea en virtud del presente Reglamento a un abonado que se encuentre temporalmente en un estado miembro, así como el acceso al servicio y su uso por parte de dicho abonado, se produce únicamente en su estado miembro de residencia. Esta situación se refiere al uso de un suscriptor o abonado que hace en su plataforma suscrita en un determinado país del estado miembro y que durante un periodo de tiempo viaja a otros países, y allí consume contenido audiovisual, se considera que este contenido está consumido legalmente en el país suscrito. Se trata de que el proveedor de servicios adquiere la explotación de ciertas obras en línea en un país de la UE.
- En el Artículo 5 del Reglamento, se establece que es el prestador de servicios quien debe de comprobar que, en el momento de realizar el contrato del servicio de contenidos en línea, el Estado miembro de residencia del abonado. Para ello, se debe de emplear el máximo de los medios. Estos medios de comprobación, quedan tasados en un listado del propio articulado.
- En el Artículo 7 del Reglamento, establece el redactado acerca de las disposiciones contractuales que deben contener los contratos. Dispone que²¹

²⁰ <https://bit.ly/3fLJpuH>

²¹ <https://bit.ly/3kBS4mX>

“será inaplicable toda disposición contractual, incluidas las celebradas entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos de autor o derechos afines, o los titulares de cualquier otro derecho sobre el contenido de servicios de contenidos en línea, así como las celebradas entre dichos prestadores y sus abonados, que sea contraria al presente Reglamento, incluidas aquellas que prohíban dicha portabilidad o la limiten a un determinado período de tiempo”.

- Sobre la cuestión de protección de datos de carácter personal, el Artículo 8 dispone que el tratamiento de datos personales se efectuará para los fines de comprobación del Estado miembro de residencia del abonado en virtud del Artículo 5, se llevará a cabo de conformidad con las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE. En particular, la utilización de los medios de comprobación de conformidad con el Artículo 5 y todo tratamiento de datos personales se limitarán a lo que sea necesario y proporcionado para alcanzar su objetivo. Podemos ver que el tratamiento se limita mucho a las finalidades que conlleva los objetivos del Reglamento, no obstante, quedan en el aire cuestiones como el uso de los datos recabados utilizados para terceros o no, o el uso en el tiempo de los datos del prestador de servicios de contenidos en línea. Además de establecer las consecuencias en el hipotético caso de incumplimiento de esta cláusula.

UNA APROXIMACIÓN A LAS REGULACIONES LATINOAMERICANAS MÁS IMPORTANTES

Según los estudios recientes y publicaciones en revistas, se puede decir que en Sudamérica hay un patrón de convergencia de las políticas públicas implementadas por los países respectivos con motivo de la adopción del estándar de transmisión de la TDT.

Según el informe de la revista Cetl.la²², en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela existe una legislación que regula la TV de pago como servicio de telecomunicaciones y otra que la regula como proveedora de contenidos audiovisuales.

Por lo tanto, observamos como esa distinción, como en la legislación española. En estos países, con excepción de Venezuela, hay una autoridad responsable de regular la TV de pago como servicio de telecomunicaciones y otra

²² AGON. **La TV por Suscripción en un Entorno Convergent**. Montevideo: Centro de Estudios de Telecomunicaciones de América Latina (cet.la), 2019, p. 17.

CANTALEJO, M. M. *Desafíos Jurídicos ante la Decisiva Transformación de los Médios de Comunicación: ¿Es Posible el Equilibrio entre los Derechos de Autor y los Nuevos Modelos de Negocio, Considerando el Panorama Actual Cambiante?* *The Law, State and Telecommunications Review*, Brasília, v. 12, no. 2, p. 38-63, October 2020.

de regularla como proveedora de contenidos audiovisuales. Por otro lado, en México, Paraguay y Uruguay, existen legislaciones que abordan tanto los aspectos de telecomunicaciones como de contenidos y publicidad audiovisual. No obstante, solo en Paraguay la autoridad sectorial regula de manera integral a la TV por suscripción. En México, la autoridad sectorial regula casi todos los aspectos del servicio de TV por suscripción, con excepción de la clasificación de contenidos que le corresponde a la Secretaría de Gobernación. Por último, en Uruguay, una autoridad se encarga de regular los aspectos de telecomunicaciones, mientras que otra regula los contenidos y la publicidad.

RECOMENDACIONES DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y CONCLUSIONES

Partimos de la base, donde el avance tecnológico comporta una obligación de adaptación y configuración a un marco jurídico que dé respuesta a la realidad en cada lugar y cada tipo de sociedad, siendo internet el gran protagonista de este avance tecnológico. La nueva manera de consumir contenidos audiovisuales se enmarca dentro de los principios del libre mercado y de la libre competencia.

Para determinar por qué caminos futuros deberían ir las políticas públicas para dar respuesta al supuesto que indicábamos arriba, vamos a señalar seguidamente que aspectos hay que reforzar para ello:

La explotación del contenido audiovisual.

Debido a la mercantilización del consumo audiovisual actual, este proceso llevado a cabo desde el modelo tradicional, hasta el actual, debe responder a los derechos de explotación y propiedad intelectual. El modelo tradicional, basado estrictamente en garantizar el derecho a la información, y por ende, configurado como un modelo de servicio público, en contraposición al modelo de televisión de los concesionarios privados. Por este motivo es necesaria, la regularización para todos los operadores, de manera que queden obligados a ofertar una información audiovisual determinada. En España, diversas regulaciones hacen cargo de ello.

Conforme a la Ley de televisión privada y el pliego concesional, acuerdo aprobado por el Consejo de Ministros de 20 de enero de 1989, donde establece la vinculación de los operadores privados de radiotelevisión, en cuanto se les exige “difundir gratuitamente y con indicación de su origen las comunicados y declaraciones en cualquier momento y en razón de su interés público el gobierno estime necesarios”. De la misma manera, el Real Decreto 409/1993, de 18 de marzo, por el que se aprueba el reglamento técnico y de prestación del servicio de televisión por satélite y de servicio portador soporte del mismo. Se establecía

dicha, obligación para las entidades gestoras del servicio de televisión por satélite. No obstante, dicho reglamento fue derogado por el real decreto 136/1997 y por lo tanto también este reconocimiento expreso de la obligación.

Por todo ello, y por la situación descrita en este trabajo, es decisivo establecer una regulación y determinar organismos que se encarguen de velar por el cumplimiento de una programación determinada para todos los operadores sean privados o no. Esta obligación además obedece a un sistema transparente, y que debe responder a una finalidad de interés público y General.

La vocación del servicio público.

Sobre el concepto de servicio público hay diferentes interpretaciones. En primer lugar, el servicio público se entiende como garantía de información, basándonos en el modelo tradicional el servicio público quedaba muy diáfano. Actualmente en un sistema liberalizado y con medios privados, esta función o vocación debe coexistir con la función pública que ejerce la televisión pública estatal.

Desde la Unión Europea se ha expuesto en diversas consideraciones que el servicio público es fundamental tanto en medios de comunicación de titularidad pública, como en entes de titularidad privada, ya que lo que debe prevalecer es el conjunto de prestaciones encaminadas a ofrecer un servicio público. En este sentido la resolución del parlamento europeo acerca de la función pública en una sociedad multimedia de 1996, hace referencia a la necesidad de determinar el concepto función pública en los medios audiovisuales. En dicha resolución que recoge la importancia social de los medios como herramienta para hacer efectivo el derecho en la libre comunicación.

Por consiguiente, dando sentido al sistema audiovisual actual es necesario priorizar el servicio público y regularlo a través de la Ley. En España recogiendo las Políticas Europeas, en la Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual, establece con carácter general del servicio público de comunicación audiovisual vinculado a todos los entes, así como las prohibiciones y obligaciones relacionadas con la actividad prestada por el sector público, por un lado, y del sector privado, por otro, como por ejemplo:

- Programas informativos de edición propia.
- Financiación pública exclusiva para contenidos en función del servicio público.
- Servicio público acorde a principios de transparencia.
- Supervisión por órganos oficiales del prestador de servicio público.
- Procedimientos de control reglados para la financiación pública.

Para terminar este estudio una vez mencionadas las líneas que se deberían seguir a través de políticas públicas, el tenemos que señalan algunas reflexiones finales.

En el panorama europeo, como hemos contextualizado en anteriores apartados, cada vez más, se constata una mayor implicación de la unión europea, que rema a favor de la unificación jurídica de algunos aspectos en el mercado único digital. Ejemplo de ello a lo hemos visto en el Reglamento 2017/1128 del Parlamento Europeo del consejo de 14 de junio del 2017, relativos la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior. Este Reglamento supone un paso adelante hacia el uso de plataformas digitales audiovisuales, abordando una cuestión transfronteriza y estableciendo facilidades para usuarios y prestadores de servicios. No obstante, hay que decir que, aunque este reglamento tiene sus lagunas, como por ejemplo las consecuencias jurídicas por incumplimiento del prestador de servicios de contenidos o con la interpretación acerca del concepto de temporalidad, los derechos de autor y los derechos remuneratorios, siguen permaneciendo en manos de cada Estado Miembro, reforzando de este modo la territorialidad de los derechos de autor.

En cuanto a la incidencia de las plataformas tecnológicas, hemos de decir que actualmente no tenemos datos concluyentes acerca del impacto relacionado con el empleo. Lo que sí se ha observado es la evolución laboral, constatado un cambio del empleo asalariado hacia el empleo autónomo. Tal circunstancia, en varios puntos de Europa y especialmente en España supone una problemática acerca de la consideración laboral del trabajador en este tipo de plataformas. Actualmente, se encuentran en sede judicial diversos conflictos relacionados con plataformas dedicadas al transporte y al reparto en referencia a la afectación de los derechos laborales y condiciones de trabajo de trabajador.

REFERENCIAS

- AGON. **La TV por Suscripción en un Entorno Convergent**. Montevideo: Centro de Estudios de Telecomunicaciones de América Latina (cet.la), 2019.
- ARAUJO, R.; GALBÁN, O.; CLEMENZA, C. Calidad de Servicio en el Sector de Telecomunicaciones Elemento Competitivo en las Empresas de Televisión por Suscripción. **Enl@ce: Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento**, v. 10, n. 2, 2013.
- BARAHONA, V. C. (dir.). **Derecho Digital: Perspectiva Interdisciplinar**. [S.l.]: JM Bosch, 2017.

- BIZBERGE, A. La Regulación sobre Médios Audiovisuales en el Siglo XXI. **Revista Mexicana de Opinión Pública**, v. 19, 2015.
- CASTRO, P. C.; PARRILLA, J. A. C. (dir.). **El Mercado Digital en la Unión Europea**. Madrid: Reus, 2019.
- ÉCIJA, H. B. (dir.). **Hacia una Nueva Política Audiovisual. Modelos de Televisión, Regulación de Contenidos y Consejos Audiovisuales en España, Europa y Estados Unidos**. Madrid: Écija & Asociados, 2005.
- FERNÁNDEZ, M. L. R. **Plataformas Digitales y Mercado de Trabajo, Colección de Informes y Estudios**. Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.
- GARCÍA, C. S. **Obras Audiovisuales y Derechos de Autor**. Navarra: Aranzadi, 2002.
- GARCÍA, M. L. **La Oferta de Contenidos Audiovisuales: Servicio Público, Libre Competencia y Derecho a la Información**. Madrid: Thomson-Civitas, 2012.
- REBOLLO, B. S. **Manual de Internet y Redes Sociales: Una Mirada legal al Nuevo Panorama de las Comunicaciones en la Red, con Especial Referencia al Periodismo Digital, Propiedad Intelectual, Protección de Datos, Negocios Audiovisuales, E-Commerce, Consumidores, Marketing**. Madrid: Dykinson, 2015.
- RODRÍGUEZ-CANO, R. B. (coord.). **Manual de Propiedad Intelectual**. 8ª. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- SALA, J. El Derecho de Autor frente a las Nuevas Tecnologías desde una Perspectiva Ius Privatista y su Reflejo en el Derecho Argentino. **Revista Chilena de Derecho y Tecnología**, v. 6, n. 2, 2017.
- WOOLCOTT, O.; PEÑA, K. C. Las Infracciones al Derecho de Autor en Colombia: Algunas Reflexiones sobre las Obras en Internet y la Influencia de Nuevas Normativas. **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 2, 2018.